

ILMO. SR. PREGOEIRO DO CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DA PARAÍBA

EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 01/2020
(Processo Administrativo nº 9144/19)

A **SELFECORP OPERADORA TURÍSTICA E VIAGENS CORPORATIVAS LTDA - ME**, pessoa jurídica de direito privado, com endereço administrativo na Av. Dom Pedro II, 288 – 15ª Andar Bairro Jardim Santo André - SP, CEP: 09080-000, inscrita no CNPJ/MF sob nº 74.357.443/0001-70, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** do PREGÃO ELETRÔNICO em epígrafe na forma do item “20.1” do Edital, com sustentação no §2º do artigo 41 da lei 8666/1993 - aplicável por força do artigo 9º da lei federal n.º 10520/2002.

“20.1. Até 03 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar este Edital.”

TEMPESTIVIDADE 1. Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública eletrônica está prevista para 03/03/2020 às 09h (horário de Brasília), tendo sido, portanto, cumprido o prazo de 03 (três) dias úteis antes da data fixada para a abertura da sessão pública.

1. DO OBJETO DA IMPUGNAÇÃO

1.1. Está em apreço o Pregão Eletrônico n.º 01/2020, que tem como objeto “...a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação da prestação de serviço de agenciamento de passagens aéreas, por intermédio de operadora ou agência de viagens, para cotação, reserva, emissão, com e/ou sem franquia de bagagem, cancelamento, remarcação de passagens aéreas nacionais, por meio de atendimento remoto (e-mail e telefone), para atender as necessidades deste Conselho Regional de Enfermagem da Paraíba, conforme especificações e condições constantes deste edital e seus anexos.

1.2. Interessada em adjudicar o objeto, a licitante analisou o edital em sua íntegra e, disto, observou as seguintes ilegalidades:

1.3. “6.6. A Contratada repassará à Contratante todas as vantagens e tarifas-acordo (tarifa negociada entre a Contratada e as empresas aéreas) que vier a celebrar com as companhias aéreas.”

1.4. Ocorre que há, no mercado de agenciamento de viagens, incentivos que são alheios aos contratos individualmente celebrados entre agência e consumidor ou órgão público. Além de incertos e aleatórios, esses incentivos são conferidos pelas companhias aéreas, a seu exclusivo critério, às agências de turismo que alcançarem em suas operações globais um volume expressivo e determinado de vendas, seja a consumidores individuais, seja a clientes corporativos, seja, ainda, a órgãos públicos. São, portanto, incentivos que não decorrem de um contrato em específico nem decorrerão deste contrato.

1.5. Obrigar a futura contratada a repassar tais incentivos, além de ser (a) imposição que não encontra qualquer respaldo legal, (b) vai de encontro às garantias constitucionais da propriedade, da livre iniciativa e da proibição de confisco, sendo absolutamente anti-jurídica.

Antes de exporem-se esses fundamentos, contudo, é necessário esclarecer a sistemática de concessão de incentivos pelas companhias aéreas, a partir do que restará clara a incorreção da regra impugnada.



2. DA SISTEMÁTICA DE CONCESSÃO DE INCENTIVOS PELAS COMPANHIAS AÉREAS ÀS AGÊNCIAS DE VIAGEM PELO ATINGIMENTO DE METAS DE VENDAS

2.1. Por vezes,¹ no âmbito das operações realizadas entre uma agência de viagens e uma companhia aérea – e por operações entenda-se atividade global de agenciamento, que reúne todos os contratos, públicos ou privados, bem como emissões isoladas –, verifica-se a concessão de incentivos comerciais por parte das companhias aéreas. Tal relação comercial, conquanto marcada pela informalidade e pela superioridade comercial das companhias aéreas, foi oportunamente registrada pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1973/2013, quando o Min. Relator explicou que “as companhias aéreas, vez por outra, oferecem às agências de viagens determinados percentuais de incentivo, desde que atingidas metas de faturamento previamente estabelecidas.”

2.2. Este é ponto crucial que necessita adequada compreensão. As companhias aéreas, unilateralmente, estabelecem metas globais de faturamento às grandes agências de viagens, prometendo-lhes, caso cumpridas tais metas, alcançar-lhes incentivos comerciais.

Apenas quando cumpridas as metas é que são repassados os incentivos – e, ainda assim, as agências não têm garantias jurídicas desse repasse. Caso não atingidas as metas, não serão repassados quaisquer incentivos.

2.3. Para atingir metas, portanto, a agência de turismo deve esforçar-se na captação de clientes privados, na participação em licitações, na assinatura de novos contratos públicos e na manutenção de contratos em andamento. Apenas com um número muito grande de clientes é possível atingir as metas, o que demanda enorme estrutura comercial e esforço redobrado.

2.4. Tais incentivos, não têm relação direta com este ou aquele contrato, nem com esta ou aquela passagem aérea emitida, destinando-se a promover o estreitamento geral das relações entre companhia aérea e agência de viagens. Ainda que a agência de viagens emita muitas passagens no âmbito de um contrato isolado, a ausência de um grande volume global de operações pode acarretar a ausência de qualquer incentivo.

2.5. Neste particular, aliás, a disposição do MPOG está em consonância com a Lei das Agências de Turismo (Lei Federal n.º 12.974/2014), que institui a prerrogativa das agências de turismo de receberem a remuneração decorrente das vendas intermediadas, sempre no âmbito dos serviços prestados no exercício das suas atividades precípuas:

Art. 3º É privativo das Agências de Turismo o exercício das seguintes atividades:
I - Venda comissionada ou intermediação remunerada na comercialização de passagens, passeios, viagens e excursões, nas modalidades aérea, aquaviária, terrestre, ferroviária e conjugadas;

(...)

Art. 8º Constituem prerrogativas das Agências de Turismo registradas na forma desta Lei:

I - o exercício das atividades privativas de que trata o art. 3º, observado o disposto no art. 5º;

II - o recebimento de remuneração pelo exercício de suas atividades; e

III - a habilitação ao recebimento de incentivos e estímulos governamentais previstos na legislação em vigor.



2.6. Incentivos decorrentes de atingimento de metas de venda, portanto, não são promoções ou descontos voltados ao consumidor. Não são valores diretamente decorrentes de um contrato nem, portanto, verba da qual uma agência de viagens estaria se apropriando devido à sua posição de intermediária. São, sim, bonificações alcançadas pelo seu esforço e competência no mercado, pertencendo a si – e a si privativamente.

3. DOS FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO

3.1. Da ilegalidade da obrigação de repasse das vantagens e tarifas-acordo

3.2. As agências de turismo, como já exposto, têm a prerrogativa legal de receber a remuneração decorrente das vendas intermediadas, desde que no âmbito dos serviços prestados no exercício das suas atividades precípua, nas quais se incluem as bonificações de desempenho.

3.3. Deste modo, a menos que se tenha disposição legal com hipótese excepcional que afaste a referida prerrogativa (ao obrigar que em contratos públicos as agências de turismo tenham de repassar à Administração uma parcela dos incentivos recebidos das companhias aéreas), não há possibilidade de incluir norma editalícia nestes termos, pois não há autorização legal para tanto, sob pena de afronta ao Princípio Constitucional da Legalidade.

3.4. Isto se dá, em razão do Princípio da Legalidade preceituar que “o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em Lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva”. Isto significa, nas lições de Coelho, que “a supremacia da lei expressa à vinculação da Administração ao Direito, o postulado de que o ato administrativo que contraria norma legal é inválido.”

3.5. Ampliando o tema, Hely Lopes Meireles traz que:

“a legalidade, como princípio da Administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil, e criminal, conforme o caso”.

3.6. É dizer, não há espaço para subjetividade nem discricionariedade, pois, se a Lei instituiu a prerrogativa das agências de turismo em receberem bonificações de desempenho das companhias de aviação, há de se prevalecer, portanto, a garantia de que os incentivos sejam pertencentes a si (e a si privativamente), salvo disposição em contrário – e que, diga-se, não é o caso dos autos.

3.7. Da inconstitucionalidade da obrigação de repasse de incentivos

3.8. De mais a mais, para além da afronta ao Princípio Constitucional da Legalidade, há evidente afronta aos valores e aos direitos fundantes de nossa República, quais sejam, a livre iniciativa (art. 1º, IV e art. 170, caput) e a propriedade (art. 5º, caput e art. 170, II), os quais foram delineados em nossa Carta Constitucional como pressuposto de nossa ordem econômica e, por esses motivos, são tidas como cláusula pétrea (ou seja, normas imutáveis).



3.9. E o constituinte originário não se limitou apenas em positivar normas programáticas, mas também as deu eficácia plena ao instituir a proibição de confisco dos bens dos particulares. Ou seja, a CF assegurou às empresas que no âmbito de sua propriedade adotem estratégias comerciais que lhe convenham, desde que seus atos sejam lícitos e não afronte os valores da livre iniciativa.

3.10. Neste particular, o prof. Marçal aprofunda que: “Quando a CF/88 assegura a propriedade privada, reprime a expropriação de bens particulares sem prévia indenização, impõe a moralidade e obriga à distribuição equitativa das cargas públicas, produz um conjunto insuperável de limites à atuação estatal. Esse plexo de garantias não pode ser frustrado por via direta nem indireta. Logo, não se admite que a Administração obtenha, através do expediente de cessar os pagamentos devidos ao contratado, o efeito de apropriar-se do patrimônio privado. A hipótese caracteriza espécie de confisco, incompatível com a ordem jurídica vigente.”

3.11. Como se vê, in casu, a obrigação de que as agências de viagens repassem das vantagens e tarifas-acordo decorrentes de sua operação global, em que se atingiu metas de vendas definidas pelas companhias aéreas, equivale, no fundo, a confiscar o produto do seu trabalho e do seu esforço – o que é totalmente vedado pela Constituição, motivo pelo qual a regra é ilegal e inconstitucional e, logo, deve ser apartada do Edital.

4. REQUERIMENTOS

4.1. Diante do exposto, a Impugnante REQUER o conhecimento e o provimento da sua impugnação para que seja retificado o ato convocatório, dele se excluindo a obrigação de repasse das vantagens e tarifas-acordo alcançados pelas às agências de viagem pelo atingimento de metas de vendas, sob pena de nulidade.

Santo André, 21 de fevereiro de 2020.



Dados do Representante Legal
Josimar Alexandre Laurindo
RG. 26.417.965-1
CPF. 167.815.268-47

